

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Financiële elektronische dienstverlening

Dhont, Jan

*Published in:*

Le droit des affaires en évolution : le contrat sans papier

*Publication date:*

2003

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dhont, J 2003, Financiële elektronische dienstverlening: enkele reflecties inzake richtlijn 2002/65 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten. in *Le droit des affaires en évolution : le contrat sans papier*. Académia Bruylant, Bruxelles, pp. 79-101.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**FINANCIËLE  
ELEKTRONISCHE DIENSTVERLENING :  
ENKELE REFLECTIES INZAKE  
RICHTLIJN 2002/65 BETREFFENDE  
DE VERKOOP OP AFSTAND  
VAN FINANCIËLE DIENSTEN  
AAN CONSUMENTEN (\*)**

DOOR

**JAN DHONT**

ADVOCaat AAN DE BALIE VAN BRUSSEL  
EN ONDERZOEKER AAN HET CRID (FUNDP), CEL « VIE PRIVÉE »

**INLEIDING**

Het internet alsmede andere vormen van elektronische communicatietechnieken openen belangrijke opportuniteiten voor financiële actoren om hun dienstverlening aan te bieden en te optimaliseren. In een Mededeling betreffende e-handel en financiële diensten stelt de Commissie het als volgt : *« De nieuwe technologie heeft al een enorme invloed op de financiële dienstensector. Zij veroorzaakt een radicale verandering in de werking van en de toegang tot de professionele markten ; zij verandert de grensoverschrijdende dienstverlening volledig van karakter ; en zij werkt als katalysator voor het ontstaan van nieuwe financiële diensten en nieuwe bedrijfsmodellen, die vaak nieuwe samenwerkingsverbanden opleveren, waarbij telecommunicatie, informatietechnologie, de consumentenmarkt en financiële dienstverleners zijn betrokken. »* (1)

Dit beschreven effect wordt mede door de introductie van de Euro versterkt en financiële dienstverleners kunnen meer

(\*) Deze bijdrage vormt geen juridisch advies en vormt niet noodzakelijk de definitieve ideevorming van de auteur gezien het uiterst korte tijdbestek waarin het werd gere-digeerd.

(1) Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement, e-Handel en Financiële Diensten, COM (2001) van 7 februari 2001.

dan voordien, theoretisch althans, gemakkelijker grensoverschrijdend opereren. Financiële diensten zijn tevens geschikt voor verkoop op afstand gezien hun immatrieel karakter. Dit alles is de Europese regelgever niet ontgaan. In een van 1999 daterend Actieplan Financiële Diensten beschrijft de Commissie een strategie om uiterlijk in 2005 een volledig geïntegreerde Europese markt voor financiële diensten tot stand te brengen (2). De richtlijn 2002/65 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten (« de richtlijn »), is een belangrijke peiler van het Actieplan om het vertrouwen van de consument aan te wakkeren. Financiële dienstverlening vormt één van de dienstensectoren waar het vertrouwen van de consument het meest centraal staat. Om dit vertrouwen te waarborgen worden massieve beschermingsbepalingen ingevoerd die de consument moeten beschermen tegen misbruiken. Consumentenbeschermingsmaatregelen vormen echter slechts één middel van een ruimer arsenaal aan middelen om de consument aan te zetten om elektronisch te contracteren (men denke aan gegevensbeschermingswetgeving, wetgeving betreffende elektronische betaling, elektronische handtekening, etc.).

Deze korte bijdrage beschrijft het regime van de richtlijn en beoordeelt de verdiensten en gebreken ervan. Hierbij staat de vraagstelling centraal of wetgeving wel het geijkte middel is om het vertrouwen van de consument te verwerven, en of andere regulatieve technieken zoals zelfregulering, en technologische beschermingsmaatregelen dienen te worden aangewend. Deel I analyseert het harmoniserend vermogen van de richtlijn. Deel II commentarieert het toepassingsgebied, alsmede de relatie met bestaande regelgeving. Deel III behandelt het regime van de richtlijn en de verplichtingen die aan financiële dienstverleners worden opgelegd. Deel IV beprekt het dwingend karakter van de richtlijn, en de bewijslastbepalingen. Deel V gaat in op de beroepsinstanties, en Deel VI geeft een korte conclusie. Er wordt, gezien op het bestek van deze bijdrage, niet ingegaan op wetgevende initiatieven tot omzetting van de richtlijn.

(2) COM (1999)232 van 11 mei 1999.

## I. – HARMONISATIE. WERKELIJKHEID OF ILLUSIE ?

Artikel 1(1) van de richtlijn stelt de harmonisatie voorop als belangrijkste doelstelling : « *Deze richtlijn heeft tot doel de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten nader tot elkaar te brengen.* »

De juridische grondslag van de richtlijn zijn de artikelen 95 (interne markt) en 153 (consumentenbescherming) van het Verdrag. Zij betracht in eerste instantie om de nationale bepalingen inzake financiële dienstverlening op afstand te harmoniseren teneinde de interne markt te voltooien. Tevens dient de harmonisatie te gebeuren met een hoog niveau van consumentenbescherming teneinde het consumentenvertrouwen aan te wakkeren. Lidstaten kunnen normaliter geen strengere of afwijkende bepalingen voorzien dan deze neergelegd in de richtlijn, tenzij de tekst van de richtlijn dergelijke verdergaande bepalingen uitdrukkelijk voorziet (3). De tekst van de richtlijn kan echter niet de afwezigheid van consensus omtrent te nemen maatregelen maskeren. Op meerdere plaatsen krijgen lidstaten *carte blanche* om bijkomende bepalingen op te leggen. Zo stelt artikel 4 (2) dat « in afwachting van verdere harmonisatie [de lidstaten] strengere bepalingen mogen [handhaven of invoeren] inzake vooraf te verstrekken informatie [...], wanneer deze bepalingen in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht. » De woorden « in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht » verwijzen naar de proportionaliteitsvereiste en de legitieme doelstellingen die een lidstaat kan aanvoeren. Gezien de soepele bepaling van artikel 4 (2) kan worden aangenomen dat harmonisatie van informatievereisten wellicht illusioir zal zijn.

(3) Considerans 13, « Door deze richtlijn moet een hoog niveau van consumentenbescherming worden gewaarborgd, teneinde het vrije verkeer van financiële diensten te verzekeren. De lidstaten mogen geen andere bepalingen opleggen dan die welke deze richtlijn voor de door haar geharmoniseerde gebieden vaststelt, tenzij specifiek anders aangegeven in deze richtlijn. » Lidstaten kunnen onder de strikte voorwaarden bepaald in artikel 95 van het verdrag eventueel ook verdergaande maatregelen behouden die reeds effectief waren op het ogenblik dat een harmonisatie maatregel werd aangenomen. Omtrent de mogelijkheid om nationale consumentenregelgeving te voorzien dat verder gaat dan in Europese richtlijnen voorziene bepalingen, raadpleeg BERGKAMP, L. *European Community Law for the New Economy*, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2003, p. 50 e.v.

Andere bepalingen laten eveneens de keuze aan lidstaten open om bijkomende voorwaarden in te voeren, dan wel afwijkende bepalingen te voorzien, met name de artikelen 6 (herroepingsrecht), 7 (betaling van voor de herroeping geleverde diensten, voor verzekeringsovereenkomsten), 9 (niet-gevraagde diensten), 10 (niet-gevraagde mededelingen), 15 (bewijslast), en 16 (overgangsmaatregelen) (4). Men kan zich bij dit alles vragen stellen omtrent de betekenis van considerans nr. 12 : *« Indien de lidstaten tegenstrijdige of uiteenlopende regelingen zouden vaststellen om de consumenten bij de verkoop op afstand van financiële diensten te beschermen, zou zulks een negatief effect hebben op de werking van de interne markt en op de concurrentie tussen bedrijven in deze markt. Derhalve is het noodzakelijk terzake op communautair niveau gemeenschappelijke regels in te voeren, zonder daarbij de algemene bescherming van de consument in de lidstaten aan te tasten. »*

De tekst van de richtlijn reflecteert het gebrek aan een politieke consensus om tot een éénduidig consumentenbeschermingsregime te komen. De éénmaking van elektronische financiële dienstverlening wordt hierdoor in het gedrang gebracht. Ook de internemarktclausule uit de e-handel richtlijn voorziet niet in een adequate oplossing, gezien lidstaten afwijkende vereisten kunnen voorzien voor wat betreft de verplichtingen voortvloeiende uit consumentenovereenkomsten (voor zoverre men aanneemt dat de consumentenbeschermingsregels inzake financiële dienstverlening via elektronische weg binnen het gecoördineerde gebied van de e-handel richtlijn vallen). Echter kan men argumenteren dat precontractuele vereisten niet kunnen worden afgedwongen ten aanzien van een aanbieder gevestigd in een andere lidstaat dan de lidstaat van de consument.

(4) Zie voor een gelijkaardige kritiek tevens GOURIO, A., « Adoption de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers aux consommateurs », *Semaine Juridique*, 2002, p. 1593 e.v.

## II. TOEPASSINGSGEBIED

### A. – Toepassingsgebied *ratione materiae*

Zoals reeds gesteld in deel I, heeft de richtlijn tot doel de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten nader tot elkaar te brengen (5). Het materiële toepassingsgebied van de richtlijn werd geformuleerd in technologie-neutrale bewoordingen en heeft betrekking op de « overeenkomst op afstand », onafhankelijk van de soort technologie dat wordt aangewend om de communicatie te bewerkstelligen. Zodoende dient de wetgeving niet te worden aangepast bij intrede van nieuwe communicatievormen (6). Een overeenkomst op afstand is « elke overeenkomst inzake financiële diensten tussen een aanbieder en een consument die wordt gesloten in het kader van een door de aanbieder georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverrichting op afstand, waarbij voor deze overeenkomst tot en met de sluiting ervan uitsluitend gebruikgemaakt wordt van een of meer technieken voor communicatie op afstand. » (7)

Een techniek voor communicatie op afstand omhelst elk middel dat, zonder gelijktijdige fysieke aanwezigheid van aanbieder en consument, kan worden gebruikt voor de verkoop op afstand van een dienst tussen die partijen (8). Het gebruik van een fax, telefoon, per briefwisseling, e-mail, internet, SMS (alsmede een combinatie van dergelijke media) beantwoorden aan deze ruime omschrijving.

De definitie vereist dat *uitsluitend* gebruik gemaakt wordt van zulke technieken. Dit impliceert dat de richtlijn geen toepassing vindt indien tijdens de precontractuele fase gebruik

(5) Artikel 1 van de richtlijn.

(6) Zie considerans nr. 15. Het weze opgemerkt dat alhoewel dergelijke neutrale bewoordingen een aanpassing van de regelgeving gevoelig vermindert, dit niet zelden gepaard gaat met het creëren van rechtsonzekerheid. Meestal worden definities gebruikt met een bepaald communicatie of technologie-model in het achterhoofd waardoor de toepassing op nieuwe technologieën in bepaalde gevallen onduidelijk is. Ook dienen de brede en vage definities te worden geïnterpreteerd in concrete scenarios en toepassingsgevallen, en wordt de rechtsonzekerheid van het Europese niveau overgeheveld naar het nationale niveau (nationale wetgeving, of interpretatie door de rechter).

(7) Artikel 2(a) van de richtlijn. Deze definitie werd overgenomen uit richtlijn 97/7 inzake de koop op afstand.

(8) Artikel 2 (c) van de richtlijn.

werd gemaakt van e-mail of het internet, doch de eigenlijke overeenkomst in de fysieke aanwezigheid van beide (of meerdere) partijen plaatsvindt. Echter zullen de informatievereisten van de e-handel richtlijn dienen te worden toegepast.

De Europese wetgever alludeert met de term « financiële dienst » niet enkel op bancaire verrichtingen, doch eveneens op kredietverstrekking, verzekering, individuele pensioenen, beleggingen en betalingen. Zoals verder wordt besproken dienen sectoriële financiële en verzekeringsregelgevingen parrallel te worden toegepast.

Er dient sprake te zijn van een *georganiseerd systeem* voor verkoop of dienstverrichting op afstand. Bijgevolg zullen transacties die occasioneel op afstand zijn afgesloten buiten het toepassingsveld van de richtlijn vallen. Deze bepalingen dienen geval per geval te worden geïnterpreteerd en creëren mogelijks rechtsonzekerheid.

Tevens moet een onderscheid worden gemaakt tussen een « initieel akkoord » en « opeenvolgende verrichtingen ». Bepaalde financiële diensten worden dikwijls aangeboden in de context van een alomvattende kaderovereenkomst, bijv. het openen van een bankrekening, aanschaffen van een kredietkaart, afsluiten van een portefeuillebeheerscontract (9). Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen het « initieel akkoord » dat meestal verschillende overeenkomsten betreffende financiële diensten omvat, en « opeenvolgende verrichtingen » zijnde fysieke verrichtingen, zoals het deponeren op of afnemen van geld van een rekening, het betalen met een bankkaart, het verrichten van een transactie in het kader van een portefeuillebeheerscontract (10). De bepalingen van de richtlijn betreffen enkel het « initieel akkoord » en dienen niet te worden toegepast telkens een nieuwe verrichting wordt voltrokken (onafhankelijk van het feit of deze verrichtingen dienen te worden gesitueerd in één of meerdere overeenkomsten). Indien echter nieuwe elementen aan een initieel akkoord over diensten worden toegevoegd die een wezenlijk nieuwe overeenkomst vormen, dient de richtlijn op dit onderdeel te worden toegepast, bijv. de mogelijkheid om een instrument voor elek-

tronisch betalen te gebruiken in combinatie met een bestaande bankrekening.

Ingeval een initieel akkoord over diensten ontbreekt, doch de opeenvolgende verrichtingen of een reeks in de tijd gespreide aparte verrichtingen van dezelfde aard tussen dezelfde overeenkomstsluitende partijen worden uitgevoerd, zijn de in de richtlijn precontractuele informatievereisten, alsmede bijkomende informatievereisten in specifieke financiële en verzekeringsregels van toepassing wanneer de eerste verrichting wordt uitgevoerd. Indien er evenwel langer dan één jaar geen verrichting van dezelfde aard wordt uitgevoerd, wordt de uitvoering van de volgende verrichting geacht de uitvoering van de eerste van een nieuwe reeks verrichtingen te zijn en zijn de voormelde bepalingen van toepassing. De gebruikte terminologie is onduidelijk, en men dient zich af te vragen of de door de wetgever beoogde doelstelling, met name, een coherente toepassing van de principes wel degelijk zal gerealiseerd worden.

#### B. – Toepassingsgebied *ratione personae*

De verplichtingen dienen te worden nagevolgd door de « aanbieder » van een financiële dienst, zijnde « iedere natuurlijke persoon of privaatrechtelijke dan wel publiekrechtelijke rechtspersoon die in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit optreedt als de contractuele verrichter van diensten op grond van overeenkomsten op afstand. » (11) Met « diensten » dient enkel te worden verstaan « financiële diensten ». Financiële makelaars en andere tussenpersonen vallen tevens onder de verplichtingen van deze richtlijn (12). Immers, ingevolge considerans 19 dient de richtlijn « ook van toepassing te zijn indien bij een of meer stadia van de verkoop een tussenpersoon betrokken is. Gelet op de aard en de mate van deze betrokkenheid, dienen de desbetreffende bepalingen van deze richtlijn ook op dergelijke tussenpersoon van toepassing te zijn, ongeacht de juridische status. » Uit de bewoordingen van deze considerans zou men echter kunnen afleiden dat tussen-

(11) Artikel 2(c) van de richtlijn.

(12) DEJONGHE S., « La Directive concernant la vente à distance de services financiers », *R.D.C.*, 2003, p. 94-95.

(9) Zie considerans nr. 17 van de richtlijn.

(10) *Idem*.

personen niet aan de richtlijn zijn onderworpen indien zij slechts incidenteel betrokken zijn bij het leveren van een financiële dienst.

De richtlijn beschermt in beginsel enkel consumenten, zijnde natuurlijke personen die bij overeenkomsten op afstand handelt voor doeleinden die buiten hun bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen (13). Echter staat het lidstaten vrij de rechtsbescherming onder de richtlijn uit te breiden tot organisaties zonder winstoogmerk of tot personen die van financiële diensten gebruik maken om ondernemer te worden (14).

#### C. – Toepassingsgebied *ratione territoriae*

De richtlijn rept met geen woord omtrent het geografische toepassingsgebied. Het komt in beginsel de lidstaten toe om het geografisch toepassingsgebied te bepalen. Men dient m.i. de criteria toe te passen ontwikkeld door het Hof van Justitie, met name dat het recht van toepassing is van de plaats waar de economische activiteit wordt uitgeoefend. Indien de dienstverrichting online wordt verricht, zal men tevens de bepalingen van de e-handel richtlijn dienen toe te passen (cf. *infra*), doch deze laatste richtlijn determineert m.i. niet het toepassingsgebied van de richtlijn.

Ingevolge artikel 16 van de richtlijn mogen de lidstaten hun nationale regels opleggen ter implementatie van deze richtlijn aan aanbieders gevestigd in andere landen die de richtlijn nog niet hebben omgezet en geen verplichtingen voorzien die overeenkomen met de verplichtingen uit hoofde van de richtlijn. Het is niet duidelijk of lidstaten hun bepalingen kunnen opleggen indien zij van oordeel zijn dat het land waar de aanbieder is gevestigd niet in een adequate omzetting voorziet.

#### D. – Relatie met bestaande regelgeving

De relatie met bestaande regelgeving betreffende elektronische handel, verkoop en afstand, andere consumentenbescher-

mingsbepalingen, alsmede met specifieke bepalingen inzake het verzekeringswezen dient te worden onderzocht.

Het verlenen van financiële diensten via elektronische weg is niet onderworpen aan richtlijn 97/7 betreffende de verkoop op afstand. Artikel 3 (1) van deze laatste richtlijn sluit immers de bepalingen van de richtlijn uit van haar toepassingsveld (15).

Richtlijn 2000/31 inzake elektronische handel is in principe integraal van toepassing op de verzekeringssector en financiële diensten die online worden geleverd. Deze richtlijn is immers een niet-sector specifieke (of « horizontale ») richtlijn en vormt het juridisch kader voor alle diensten van de informatiematemaatschappij. Dit betekent dat de informatievereisten vermeld in de e-handel richtlijn, alsmede in andere consumenten richtlijnen, zoals de richtlijn 87/102 van de Raad van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke bepalingen inzake het consumentenkrediet, richtlijn 93/22 van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten, etc. ook toepassing vinden bij het aanbieden van financiële diensten via het internet.

Het aanbieden van verzekeringsproducten via elektronische weg is toegelaten in de lidstaten, en kan principieel niet worden onderworpen aan verbods- of andere bepalingen die het aanbieden van de dergelijke producten in de weg staan. Voor wat betreft de aanbieding van verzekeringsproducten in de e-handel richtlijn zijn er een aantal uitzonderingen. Artikel 3 van de e-handel richtlijn voorziet dat een aantal aspecten die geregeld zijn in de verzekeringsrichtlijnen onaangeroerd blijven (16). Concreet heeft dit een impact op vier deeldomeinen, met name (a) de te vervullen voorwaarden om grensoverschrijdende elektronische verzekeringsactiviteiten te mogen ontplooiën. Verzekeringsondernemingen die elektronische verzekeringstransacties wensen te verrichten blijven onderworpen aan de bestaande bepalingen van de verzekeringsrichtlijnen

(13) Artikel 2 (d) van de richtlijn.

(14) Considerans nr. 29 van de richtlijn. Dit kan echter slechts « overeenkomstig het Gemeenschaprecht », hetgeen o.a. impliceert dat een dergelijke uitbreiding proportioneel is aan de legitieme nagestreefde doeleinden.

(15) Zie tevens considerans nr. 10 van de richtlijn.

(16) Artikel 3 verwijst naar bijlage I van de richtlijn, hetwelk impliceert dat de richtlijn niet van toepassing is op artikel 30 en titel IV van richtlijn 92/49, titel IV van richtlijn 92/96, de artikelen 7 en 8 van Richtlijn 88/537 en artikel 4 van Richtlijn 90/619.

betreffende de kennisgevingsprocedure voor het vrij verlenen van diensten, de controle van de polisvoorwaarden, de speciale regels voor de verplichte motorrijtuigenverzekering en de heffing van indirecte belasting op verzekeringsovereenkomsten (17); (b) publiciteitsvoorwaarden : de verzekeringsrichtlijnen bepalen dat verzekeringsondernemingen hun diensten in de lidstaat van ontvangst mogen adverteren, mits zij alle voorschriften inzake vorm en inhoud in acht nemen die in de lidstaat van ontvangst om redenen van algemeen belang zijn vastgesteld; (18) (c) toepasselijk recht : het verbintenissenrecht dat van toepassing is op een verzekeringsovereenkomst, dient te worden vastgesteld in overeenstemming met de verzekeringsrichtlijnen. Dit is in het algemeen het recht van de lidstaat waar het risico/de verbintenis gelegen is, wat meestal resulteert in de toepassing van het recht van de lidstaat waar de verzekeringsnemer verblijft; (19) en (d) de verstrekking van informatie over de verzekeringsovereenkomst aan verzekeringsnemers. De informatieverplichtingen vervat in de verzekeringsrichtlijnen blijven onverkort van toepassing in een elektronische context (Deze bepalingen betreffen verzekeringsondernemingen en niet verzekeringsmakelaars) (20). Dit wordt bevestigd door considerans 22 van de richtlijn : « De in deze richtlijn genoemde informatie-elementen betreffen informatie van algemene aard die voor alle soorten financiële diensten geldt. Andere informatievereisten in verband met een bepaalde dienst, zoals de dekking van een verzekeringspolis worden niet alleen in deze richtlijn gespecificeerd. Dergelijke

(17) Eveneens kan de lidstaat van ontvangst verlangen dat de verzekeringsovereenkomsten van een verzekeraar die op grensoverschrijdende basis verzekeringsactiviteiten ontplooit, in overeenstemming zijn met de bepalingen van « algemeen belang » die in de lidstaat van ontvangst van toepassing zijn (zie artikel 28 richtlijn 92/49 en artikel 28, richtlijn 92/96).

(18) Zie artikel 41 van richtlijnen 92/49 en 92/96.

(19) Zie artikel 4 van richtlijn 90/619 (levensverzekeringen) en artikelen 7 en 8 (schadeverzekeringen).

(20) Zie artikel 31 van richtlijn 92/49 (schadeverzekeringen) en artikel 31 en bijlage II van richtlijn 92/96 (levensverzekeringen). Deze bepalingen voorzien in een minimumcoördinatie van de jegens verzekeringsnemers te vervullen informatieverplichtingen voordat een verzekeringsovereenkomst mag worden afgesloten. Het is de lidstaat van ontvangst toegestaan aanvullende verplichtingen op te leggen, mits deze van wezenlijk belang zijn voor een goed begrip van de verzekeringsovereenkomst. Dit heeft tot gevolg dat de verzekeraar de verzekeringsnemer bij langs elektronische weg gesloten verzekeringsovereenkomsten moet informeren overeenkomstig de regels die gelden in de lidstaat waar hij gevestigd is.

informatie dient, naar gelang van het geval, te worden verstrekt overeenkomstig de terzake geldende communautaire wetgeving of overeenkomstig de nationale wetgeving strokend met het Gemeenschapsrecht. »

### III HET REGIME VAN DE RICHTLIJN

De richtlijn voorziet in verschillende technieken om de consument tegen zichzelf te wapenen alsmede de gevaren van transacties op afstand.

Primair zijn de informatie vereisten die een substantivering vormen van het transparantiebeginsel. Met name dient de consument terdege te worden ingelicht, zowel voorafgaandelijk aan de dienstverlening, als achteraf : « De consument moet voor de sluiting van de overeenkomst de nodige informatie ontvangen om de aangeboden financiële dienst op zijn waarde te kunnen schatten en zo een beter geïnformeerde keuze te kunnen maken. » (21)

#### A. – Informatievereisten voor het sluiten van de overeenkomst op afstand

De consument dient te worden ingelicht omtrent : (1) een aantal basiseigenschappen van de aanbieder van de financiële dienst zoals contactgegevens, handelsregisterinformatie, of de activiteiten van de aanbieder onderworpen zijn aan een vergunningsstelsel, etc.; (2) de financiële dienst die wordt aangeboden (beschrijving van de dienst, te betalen prijs, eventuele bijzondere risico's, etc.); (3) een aantal basiseigenschappen van de verkoop op afstand, zoals de toepassingsmodaliteiten van het herroepingsrecht, informatie omtrent de mogelijkheid om van partijen om de overeenkomst vroegtijdig of eenzijdig op te zeggen; en (4) de rechtsmiddelen, bijv. eventuele buitengerechtelijke klachten- en beroepsprocedures voor de consument (22).

(21) Considerans nr. 21 van de richtlijn.

(22) De consument ontvangt geruime tijd voordat hij is gebonden door een overeenkomst op afstand of een aanbod, de volgende informatie betreffende :

1. de aanbieder (a) de identiteit en het hoofdbedrijf van de aanbieder, het geografische adres waar de aanbieder gevestigd is en enig ander geografisch adres dat relevant

Eén van de vereisten is om de taal (of talen) te vermelden waarin de contractvoorwaarden en de onder de informatiever-

is voor de betrekkingen tussen consument en aanbieder; (b) de identiteit van de eventuele vertegenwoordiger van de aanbieder in de lidstaat waar de consument woont, en het geografische adres dat relevant is voor de betrekkingen tussen de consument en de vertegenwoordiger; (c) indien de consument te maken heeft met een andere beroepsbeoefenaar dan de aanbieder, de identiteit van die beroepsbeoefenaar, de hoedanigheid waarin hij tegenover de consument optreedt en het geografische adres dat relevant is voor de betrekkingen tussen de consument en deze beroepsbeoefenaar; (d) indien de aanbieder ingeschreven staat in een handels- of soortgelijk openbaar register, het handelsregister waar de aanbieder staat ingeschreven en zijn inschrijvingsnummer of een soortgelijke wijze van identificatie in dat register; (e) wanneer de activiteiten van de aanbieder onderworpen zijn aan een vergunningstelsel, de gegevens over de bevoegde toezichhoudende autoriteit;

2. de financiële dienst : (a) een beschrijving van de belangrijkste kenmerken van de financiële dienst; (b) de totale prijs die de consument aan de aanbieder moet betalen voor de financiële dienst, met inbegrip van alle daarmee samenhangende vergoedingen, kosten en uitgaven, alsmede alle belastingen die via de aanbieder worden betaald, of, wanneer de exacte prijs niet kan worden aangegeven, de grondslag voor de berekening van de prijs, zodat de consument de prijs kan verifiëren; (c) in voorkomend geval, het feit dat de financiële dienst betrekking heeft op instrumenten die bijzondere risico's met zich meebrengen in verband met hun specifieke kenmerken of de uit te voeren verrichtingen, of waarvan de prijs afhangt van schommelingen op de financiële markten waarop de aanbieder geen invloed heeft, alsmede het feit dat in het verleden behaalde resultaten geen indicatie vormen voor toekomstige resultaten; (d) het feit dat er andere belastingen en/of kosten kunnen bestaan die niet via de aanbieder worden betaald of door hem worden opgelegd; (e) eventuele beperkingen van de geldigheidsduur van de verstrekte informatie; (f) de wijze van betaling en uitvoering; (g) specifieke extra kosten die de consument eventueel voor het gebruik van de techniek voor communicatie op afstand worden aangerekend;

3. de overeenkomst op afstand : (a) het al dan niet bestaan van het in artikel 6 bedoelde herroepingsrecht, en, waar dat recht bestaat, de duur van en de voorwaarden voor de uitoefening van dat recht, met inbegrip van informatie over het bedrag dat de consument gehouden kan zijn te betalen op grond van artikel 7, lid 1, alsook de gevolgen van niet-uitoefening van dat recht; (b) de minimumduur van de op afstand te sluiten overeenkomst bij permanente of periodieke verrichting van financiële diensten; (c) informatie betreffende het eventuele recht van de partijen om de overeenkomst vroegtijdig of eenzijdig op te zeggen op grond van de bepalingen van de overeenkomst, en eventuele contractuele boetes voor een dergelijk geval; (d) praktische instructies voor de uitoefening van het herroepingsrecht, onder andere naar welk adres de kennisgeving van de herroeping moet worden gezonden; (e) de lidstaat of lidstaten waarvan de wetgevingen door de aanbieder worden gebruikt als grondslag voor de totstandbrenging van betrekkingen met de consument voortvloeiend uit de sluiting van de overeenkomst; (f) contractuele bepalingen inzake het op de overeenkomst toepasselijke recht en/of inzake de bevoegde rechter; (g) de taal of talen waarin de contractvoorwaarden en de in dit artikel bedoelde voorafgaande informatie worden verstrekt, en voorts de taal of talen waarin de aanbieder, met instemming van de consument, toelegt te zullen communiceren gedurende de looptijd van de overeenkomst;

4. rechtsmiddelen : (a) eventuele buitengerechtelijke klachten- en beroepsprocedures ten behoeve van de consument die partij is bij de overeenkomst op afstand, en zo ja, de toegang daartoe; (b) het bestaan van garantiefondsen of andere compensatieregelingen die niet vallen onder Richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels en Richtlijn 97/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 maart 1997 inzake de beleggerscompensatiestelsels.

[...]

4. Informatie over contractuele verplichtingen, die in de precontractuele fase aan de consument wordt meegedeeld, dient in overeenstemming te zijn met de contractuele ver-

plichtingen vallende informatie wordt verstrekt, alsmede de taal of talen waarin de aanbieder, met instemming van de consument, toelegt te zullen communiceren gedurende de looptijd van de overeenkomst. Deze ambiguë bewoordingen creëren rechtsonzekerheid, welke men eventueel kan opvangen door expliciet te stipuleren dat consumenten de contractvoorwaarden begrijpen. Nationale bepalingen kunnen taalvereisten opleggen, maar het blijft onduidelijk of dergelijke taalvereisten ook grensoverschrijdend kunnen worden toegepast. Bijvoorbeeld, dient een Finse verzekeringsonderneming de Franse taalvereisten na te leven? Dient men een onderscheid te maken tussen actief «targetting» van consumenten in bepaalde lidstaten, en andere situaties waar de diensten eerder passief worden aangeboden?

Verder dient duidelijk het commercieel oogmerk van de verleende informatie te worden medegedeeld en dient de informatie duidelijk en begrijpelijk medegedeeld te worden op een wijze die passend is bij de gebruikte communicatietechniek. Tevens dient de aanbieder de informatie te goeder trouw te verschaffen (en kan een misrepresentatie worden gekwalificeerd als een oneerlijke handelspraktijk), en dienen specifieke normen voor handelingsonbekwame personen en minderjarigen te worden nageleefd.

Het mensbeeld van de consument dat de Europese wetgever bezigt, is een consument die relatief zwak en impulsief is, en die voortdurend onderwezen dient te worden. Krachtens de artikelen 4(1) en 4(2) van de richtlijn, dienen bijkomende eisen op grond van andere Gemeenschapswetgeving cumulatief te worden toegepast. Tevens kunnen lidstaten strengere bepalingen inzake vooraf te verstrekken informatie handhaven en invoeren, indien dit gebeurt in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht (23). Het resultaat is een opeenstapeling van informatievereisten die cumulatief dienen te worden toegepast en men dient zich ernstig de vraag te stellen indien de

plichtingen die in geval van het sluiten van de overeenkomst zouden gelden op grond van het toepasselijk geachte recht.

(23) De richtlijn legt hierbij aan de lidstaten de plicht op om de Commissie van dergelijke informatievereisten in te lichten. De informatie dient met alle passende middelen die de Commissie machtig is ter beschikking te worden gesteld van de consumenten en de aanbieders.



wetgever niet op een meer rationale manier deze verplichtingen had kunnen opleggen (24). Immers, naast de informatiebepalingen uit de richtlijn zal men tevens de consument dienen te informeren op grond van specifieke sectoriële regelgeving, zoals de verzekeringsrichtlijnen, de wetgeving inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, enz.

Bijkomend dient de aanbieder eveneens « ruim voordat de consument gebonden is door een overeenkomst op afstand of een aanbod, » de consument in kennis te stellen van de voormelde contractvoorwaarden op papier, of « via een andere voor de consument beschikbare en toegankelijke duurzame drager. » (25) In de praktijk zal dit resulteren in het massaal versturen van contractvoorwaarden op harde dragers, en een toename van de kostprijs van financiële transacties die door de consument zal worden gedragen.

Deze verplichting geldt echter niet – en de aanbieder wordt geacht aan deze verplichting te hebben voldaan – indien de overeenkomst op afstand op verzoek van de consument is gesloten met gebruikmaking van een techniek voor communicatie op afstand waarmee de contractvoorwaarden en de voormelde informatiecategorieën niet kunnen worden verstrekt (26). Deze bepaling is onduidelijk geredigeerd en toont de grenzen van technologie-neutraal taalgebruik aan. Wellicht zou een toezegging via SMS of telefoon een toepassing kunnen zijn van deze bepaling, doch het is onduidelijk hoe de bewoordingen « op verzoek van de consument » dienen te worden geïnterpreteerd. In dergelijke gevallen heeft de consument het recht om tijdens de uitvoering van de overeenkomst de contractvoorwaarden op papier te bekomen, dan wel op een andere drager indien dit te verenigen is met de verstrekte financiële dienst.

(24) Zie oa. artikel 4(1) van de richtlijn.

(25) Artikel 5 (1) van de richtlijn. Onder duurzame dragers worden men name verstaan computerdiskettes, cd-rom's, DVD's en de harde schijf van de computer van de consument waarop de elektronische post wordt opgeslagen, maar niet internetwebsites, tenzij die voldoen aan de in de definitie van duurzame drager opgenomen criteria, considerans nr. 20 van de richtlijn.

(26) Artikel (2) van de richtlijn.

## B. – *Het herroepingsrecht*

Het herroepingsrecht reflecteert het gebrek aan consensus tussen de lidstaten bij het ontwikkelen van de richtlijn. In beginsel dienen consumenten over een termijn van 14 kalenderdagen te beschikken teneinde de overeenkomst zonder boete en zonder motivering te herroepen. In toepassing van het proportionaliteitsprincipe wordt deze herroepingstermijn verlengd tot 30 kalenderdagen voor overeenkomsten op afstand betreffende levensverzekeringen en met betrekking tot individuele pensioenen (27) (28). De bepalingen inzake het herroepingsrecht laten nationale verbintenisrechtelijke regels inzake de ontbinding of beëindiging of niet-uitvoerbaarheid van overeenkomsten onverlet (29).

Het herroepingsrecht is niet van toepassing op (1) financiële diensten waarvan de prijs afhankelijk is van schommelingen op de financiële markt waarop de aanbieder geen vat heeft, en die zich tijdens de herroepingstermijn kunnen voordien. Een exemplatieve opsomming wordt gegeven van dergelijke diensten (30); (2) reis- en bagageverzekeringspolissen of soortgelijke kortetermijnverzekeringspolissen met een looptijd van minder dan één maand; en (3) overeenkomsten die op uitdrukkelijk verzoek van de consument door beide partijen volledig zijn uitgevoerd voordat de consument van zijn herroepingsrecht gebruik maakt.

De lidstaten kunnen verder bepalen dat het herroepingsrecht niet geldt in een aantal gevallen, met name voor (a) kre-

(27) Artikel 6(1) van de richtlijn.

(28) De termijn waarop een overeenkomst kan worden herroepen gaat in : (a) hetzij op de dag waarop de overeenkomst op afstand wordt gesloten, behalve met betrekking tot overeenkomsten betreffende de genoemde levensverzekeringen, waarvoor de termijn ingaat op het tijdstip waarop aan de consument wordt meegedeeld dat de overeenkomst op afstand is gesloten; (b) hetzij op de dag waarop de consument de in artikel 5, lid 1 of 2, (papier of harde dragers) bedoelde contractvoorwaarden en informatie ontvangt, indien dit later is.

(29) Artikel 6(8) van de richtlijn.

(30) Deze exemplatieve lijst omvat : (1) deviezen; (2) geldmarktinstrumenten; (3) effecten; (4) rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging; (5) financiële futures, met inbegrip van gelijkwaardige instrumenten die aanleiding geven tot afwikkeling in contanten; (6) rentetermijncontracten (« FRA's »); (7) rente- en valutaswaps en swaps betreffende aan aandelen of een aandelenindex gekoppelde cashflows (« equity swaps »); (8) opties ter verkrijging of vervreemding van in dit punt bedoelde instrumenten, met inbegrip van gelijkwaardige instrumenten die aanleiding geven tot afwikkeling in contanten. Deze categorie omvat met name valuta- en renteopties.

dieten die hoofdzakelijk bestemd zijn voor het verkrijgen of het behouden van eigendomsrechten op grond of een bestaand of gepland gebouw, of voor het renoveren of verbeteren van een gebouw; (b) kredieten die gedekt zijn door een hypotheek op een onroerend goed of door een recht op een onroerend goed; of (c) verklaringen van consumenten die met medewerking van een openbaar ambtenaar zijn afgegeven, op voorwaarde dat deze bevestigt dat de in artikel 5, lid 1, (contractsvoorwaarden op papier of duurzame drager) bedoelde rechten van de verbruiker gerespecteerd werden (31). De mogelijkheid voor lidstaten om het herroepingsrecht uit te sluiten in deze gevallen « doet niet af aan het recht op bedenktijd van consumenten die woonachting zijn in een lidstaat waar dit recht op het tijdstip van de aanneming van de richtlijn bestaat. » Tevens werd een mededelingsplicht voorzien ten aanzien van de Commissie indien lidstaten van deze mogelijkheid tot uitsluiting gebruik wensen te maken, en de Commissie stelt de meegedeelde informatie ter beschikking van het Europees Parlement en de Raad en zorgt ervoor dat deze ook beschikbaar is voor consumenten en aanbieders die erom verzoeken (32).

#### *C. – Betaling van voor de herroeping geleverde diensten*

Indien de consument van het herroepingsrecht gebruik maakt, kan de aanbieder slechts betaling bekomen voor de financiële dienst die de aanbieder ingevolge de overeenkomst op afstand effectief heeft geleverd. Het te betalen bedrag mag niet hoger zijn dan (a) een bedrag evenredig aan de verhouding tussen de reeds geleverde dienst en de volledige uitvoering van de overeenkomst op afstand; en (b) mag in geen geval zo hoog zijn dat het als een boete kan worden opgevat (33). Het is de lidstaten echter toegestaan te bepalen dat geen enkele betaling kan worden verlangd in geval van een herroeping van een verzekeringsovereenkomst (34).

(31) Artikel 6(3) van de richtlijn.

(32) Artikel 6 (4) en (5) van de richtlijn.

(33) Artikel 7(1) van de richtlijn.

(34) Artikel 7(2) van de richtlijn.

De aanbieder is eveneens onderworpen aan de volgende vereisten :

1. hij kan slechts betaling verkrijgen voor geleverde diensten indien hij kan aantonen dat de consument werd geïnformeerd omtrent het al of niet bestaan van het herroepingsrecht, alsmede van de duur van en de voorwaarden voor de uitoefening van dat recht, met inbegrip van informatie over het bedrag dat de consument kan worden aangerekend bij betaling voor herroeping, alsook de gevolgen van niet uitoefening van dit recht;
2. hij kan geen betaling bekomen indien hij voor het verstrijken van de termijn waarin het herroepingsrecht kan worden uitgevoerd, en zonder het verzoek van de consument met de uitvoering van de overeenkomst op afstand aanvang heeft genomen;
3. hij dient alle bedragen aan de consument terug te betalen, met uitzondering op deze waarop hij recht heeft op basis van de uitgevoerde diensten. Dit dient zo spoedig mogelijk te gebeuren, en uiterlijk binnen 30 kalenderdagen, ingaand op de dag waarop de aanbieder de kennisgeving van de herroeping ontvangt.

De consument dient de aanbieder onverwijld, en uiterlijk binnen 30 kalenderdagen alle bedragen of zaken die hij van de aanbieder heeft ontvangen te retourneren. Deze termijn gaat in op de dag waarop de consument de kennisgeving van zijn herroeping verzendt.

#### *D. – Niet-gevraagde diensten*

De Europese wetgever heeft de intentie om consumenten te beschermen tegen de ongevraagde verstrekking van diensten : « [de consument] moet bij ongevraagde verstrekking van diensten van alle verplichtingen zijn ontheven, waarbij het feit dat de consument niet reageert, niet kan worden uitgelegd als zou hij met de verstrekking instemmen. » (35) Dit doet echter geen afbreuk aan de mogelijkheid om overeenkomsten op afstand stilzwijgend te verlengen. Indien lidstaten zulke verlenging toestaan dienen maatregelen te worden genomen om : (1) de

(35) Considerans nr. 25 van de richtlijn.

levering op afstand van een financiële dienst aan een consument zonder voorafgaand verzoek van deze laatste te verbieden, wanneer die levering gepaard gaat met een verzoek om onmiddellijke of uitgestelde betaling; en (2) in geval van niet-gevraagde levering van elke verplichting te ontheffen, waarbij het feit dat de consument niet reageert, niet betekent dat hij met de levering instemt (36).

#### E. – Niet-gevraagde mededelingen

Tenslotte worden ook bepalingen voorzien inzake niet-gevraagde mededelingen. De voorafgaande instemming (« opt-in ») van de consument is vereist voor het gebruik van geautomatiseerde oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst en faxen. Lidstaten hebben ingevolge de richtlijn de keuze tussen een « opt-in » systeem of een « opt-out » systeem voor het versturen van niet-gevraagde mededelingen via andere communicatie technieken, zoals e-mail. Krachtens richtlijn 2002/58 (37) dienen de lidstaten te voorzien in een opt-in voor het versturen van ongevroegde elektronische mail (38). Deze richtlijn voorziet tevens in een geconditioneerde vrijstelling voor het gebruik van elektronische contactgegevens voor elektronische post van klanten, verkregen in het kader van de verkoop van een product of een dienst. Dergelijke elektronische contactgegevens kunnen worden gebruikt voor direct marketing van eigen gelijkaardige producten of diensten mits de klanten duidelijk en expliciet de gelegenheid wordt geboden kosteloos en op gemakkelijke wijze bezwaar te maken tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens bij het verzamelen

(36) Artikel 9 van de richtlijn.

(37) Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *Publicatieblad L 201* van 31 juli 2002, pp. 0037-0047.

(38) Het dient te worden opgemerkt dat het toepassingsgebied van deze richtlijn onduidelijk is en in principe enkel betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens verband met de levering van openbare elektronische-communicatiediensten over openbare communicatienetwerken in de Gemeenschap. De bepalingen van deze richtlijn inzake niet-gevraagde mededelingen waren echter ook geadresseerd tot informatiedienstverleners en « brick and mortar companies » die gebruik maken van elektronische mail voor advertentiedoelinden. Voor een kritische analyse, zie DHONT, J. en ROSIER, K., « Directive Vie Privée et Communications Electroniques : Premiers Commentaires », *Ubiquité*, 2003.

ervan en, ingeval de klant zich in eerste instantie niet tegen dat gebruik heeft verzet, bij elke boodschap (39). De vraag dient gesteld te worden of deze uitzondering ook van toepassing is op financiële dienstverleners die niet-gevraagde mededelingen wensen te versturen naar bestaande consumenten. Gezien de onzekere status van richtlijn 2002/58 kan hier niet beslissend op worden geantwoord. Ingevolge een strikte lezing zou een financiële dienstverlener van deze vrijstelling geen gebruik kunnen maken omdat het toepassingsgebied van deze laatste richtlijn beperkt is tot elektronische communicatie dienstverleners. Indien de bepalingen van de richtlijn ook toepasbaar worden geacht op andere dienstverleners, dan is het logisch dat de vrijstelling ook wordt toegepast op financiële dienstverleners (*in concreto* gaan sommige lidstaten de bepalingen inzake het versturen van ongevroegde elektronische mededelingen implementeren in de context van wetgeving betreffende elektronische handel. Daarbij wordt de betwistbare toepassing van richtlijn 2002/58 op dienstverleners, andere dan elektronische communicatie dienstverleners, gerectificeerd door een opt-in te verkiezen waar richtlijnen 97/7 en 2002/65 een keuze laten aan de lidstaten).

#### IV. – DWINGEND KARAKTER VAN DE BEPALINGEN VAN DE RICHTLIJN EN BEWIJSLAST

Clausules waarbij de consument afstand doet van de rechten die door de richtlijn worden toegekend zijn ongeldig (40). De nationale bepalingen die de richtlijn omzetten leggen aan aanbieders publiekrechtelijke en dwingende verplichtingen op waarvan niet kan worden afgeweken bij wijze van overeenkomst. De richtlijn doet geen afbreuk aan het Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (41). Het algemeen principe van

(39) Artikel 13(2) van richtlijn 2002/58. De richtlijn verbiedt verder het verzenden van elektronische post voor direct marketing doeleinden, waarbij de identiteit van de afzender namens wie de communicatie plaatsvindt wordt gemaskeerd of verborgen of zonder dat een geldig adres wordt vermeld waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten (artikel 13(4) van richtlijn 2002/58).

(40) Artikel 12 van de richtlijn.

(41) Considerans nr. 8 van de richtlijn.

dit Verdrag is de keuzevrijheid van de contractspartijen om het toepasselijke recht te bepalen. Uitzondering hierop vormen dwingende regels inzake consumentenbescherming, die gelden volgens de plaats waar de consument zijn gewoonlijke verblijfplaats heeft indien deze gunstiger zijn dan de rechtsbescherming voorzien in het land waar de aanbieder gevestigd is (country-of-destiny principle) (42). In de praktijk komt dit erop neer dat een Franse aanbieder kan stipuleren dat het recht van Italië de overeenkomst zal beheersen, maar dienen de consumentenbeschermingsbepalingen inzake financiële dienstverlening van de lidstaat van de consument te worden toegepast indien men onder de toepassingsscenario's valt van artikel 5 (2) en (3) van de Conventie van Rome. In de mate harmonisatie niet wordt gerealiseerd legt dit bijkomende verplichtingen op aan financiële dienstverleners, gezien deze laatste reeds onderworpen zijn aan de dwingende bepalingen van de lidstaat van vestiging.

Contractsbepalingen waarbij het recht van een derde land als het vigerende recht wordt gekozen van de financiële dienstverleningstransactie zal niet geldig zijn indien blijkt dat er een nauwe samenhang bestaat tussen de overeenkomst en het grondgebied van één of meer lidstaten (bijv. doordat alle uitvoeringsmodaliteiten van de overeenkomst in Europa plaats vinden).

Deze bepaling betreft m.i. niet de omstandigheid waarbij de aanbieder in een derde land is gevestigd, maar waarbij zowel aanbieder als consument gevestigd zijn in de Europese Unie, doch het recht van een derde land als toepasselijk recht wordt gekozen (43).

De richtlijn voorziet in de mogelijkheid voor lidstaten om de bewijslast met betrekking tot de naleving van de verplichtingen inzake voorlichting van de consument, alsmede met betrekking tot de instemming van de consument met de sluiting van de overeenkomst, en in voorkomend geval met de uitvoering ervan, bij de aanbieder te leggen. Een dergelijke omkering van de bewijslast introduceert een objectieve aansprakelijkheid in hoofde van de financiële dienstverlener.

(42) Zie artikel 5 van de Conventie van Rome. Deze bepalingen gelden niet in elke B2C transactie. De verzekeringssector valt niet onder deze Conventie (zie artikel 3 en 4).

(43) In die zin lijkt de kritiek van sommige auteurs dat deze bepaling een inbreuk zou vormen op de GATS bepalingen ongegrond, zie bijv. DASSERRE, M., « Les services financiers (banques et assurances) », *J.T. droit européen*, 2003, pp. 12-16.

Tevens dient elke contractsvoorwaarde die de verplichtingen door de richtlijn voorzien bij de consument legt, als een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13 (44).

## V. – BEROEPSINSTANTIES

Een essentieel kenmerk van consumentenregelgeving is het voorzien in een lage drempel voor consumenten om procedures in te stellen ter afdwinging van de door de wetgever voorziene rechten. Dergelijke procedures kunnen een publiekrechtelijk karakter hebben, met name rechtsbescherming geboden door rechterlijke of administratieve organen, dan wel een privaatrechtelijk karakter. Met betrekking tot de eerste categorie voorziet de richtlijn dat lidstaten er dienen voor te zorgen dat er passende en doeltreffende middelen zijn om de bepalingen van de richtlijn in het belang van de consument te doen naleven (45).

De lidstaten dienen in bepalingen te voorzien om één of meer van de volgende instanties de mogelijkheid te geven zich tot rechterlijke of administratieve instanties te begeven teneinde de bepalingen van de richtlijn af te dwingen : (a) overheidsinstanties of hun vertegenwoordigers; (b) consumentenorganisaties die een rechtmatig belang hebben bij de bescherming van de consument; (c) beroepsorganisaties die een rechtmatig belang hebben bij een optreden in rechte. Met betrekking tot het laatste punt dient te worden opgemerkt dat het niet respecteren van de consumentenwetgeving door een onderneming inderdaad als een vorm van oneerlijke concurrentie kan worden aangevochten door een andere onderneming (46).

De bijlage van richtlijn 98/27 inzake stakingsvorderingen wordt tevens gewijzigd waardoor in de mogelijkheid wordt

(44) Richtlijn 93/13 van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PB L 95* van 21 april 1993, p. 29

(45) Artikel 13 van de richtlijn.

(46) DASSERRE, M., *Ibidem*, p. 14.

voorzien om stakingsvorderingen in te stellen op grond van een overtreding met de bepalingen van de richtlijn (47).

Artikel 14 van de richtlijn stuurt net als de e-handel richtlijn de lidstaten aan om in een private geschillenregeling te voorzien. Het voordeel van dergelijke private mediëring (ADRs) is meestal de snelheid waarmee geschillen kunnen worden afgehandeld, alsmede het grensoverschrijdend potentieel van dergelijke procedures (48). In deze context dient het FIN-NET initiatief van de Europese Commissie te worden vermeld dat geïntroduceerd werd in februari 2001 (49). Het betreft een EU-weids buitengerechtelijke geschillenregelingsnetwerk gebaseerd op het wederzijdse erkenning en gekoppeld aan uitwisseling van gegevens tussen nationale geschillenorganisaties. Consumenten kunnen zodoende een klacht neerleggen bij een klachtenorganisatie zelfs indien de aanbieder gevestigd is in een andere lidstaat en aldus het betreffende klachtenschema niet aanhangt.

## VI. – CONCLUSIE

Consumentenvertrouwen is onmiskenbaar van kapitaal belang voor financiële dienstverlening. De nieuwe richtlijn is echter op een slordige wijze geredigeerd en kan niet bekoren. Het harmoniserend vermogen is beperkt en de articulatie met de e-handel richtlijn is onduidelijk. Financiële dienstverleners worden geconfronteerd met aanzienlijke rechtsonzekerheid en overregulering. Dergelijke overregulering komt evenmin de consument ten goede; deze zal worden geconfronteerd met een opéénstapeling aan informatie naar Amerikaans model.

De Commissie was zich bewust van het gebrek aan harmonisatie. Artikel 20 van de richtlijn die voorziet in een evaluatievereiste stelt dat *na de uitvoering van de richtlijn [...] de Com-*

*missie de werking van de interne markt op het gebied van financiële diensten met betrekking tot de verkoop van deze diensten. Daarbij dient zij een gedetailleerde analyse te maken van de moeilijkheden die door consumenten en aanbieders worden ondervonden of kunnen worden ondervonden, in het bijzonder die welke voortvloeien uit verschillen tussen nationale informatie- en herroepingsbepalingen. De richtlijn dient te worden geëvalueerd uiterlijk op 9 april 2006. De uitkomst van het evaluatieverslag kan wellicht worden voorspeld, en men kan enkel hopen dat de Europese regelgever het legisprudentieel principe van zorgvuldigheid in de toekomst meer eer aandoet.*

(47) Richtlijn 98/27 van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PB* L 166 van 11 juni 1998, p. 51 e.v.

(48) De Aanbeveling van de Commissie van 30 maart 1998 betreffende de principes die van toepassing zijn op organen die verantwoordelijk zijn voor de buitengerechtelijke beslechting van consumentengeschillen (98/257) definieert de fundamentele principes waaraan een ADR mechanismes dienen te voldoen.

(49) [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/finances/consumer/adr.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/adr.htm).